Lukas Müller*

Identische Firmen im Handelsregister

Oder die Frage: Können Dritte die Korrektur unerwünschter Eintragungen im Handelsregister erwirken?

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Überblick zum handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren
III. Rechtsschutz gegen Handelsregistereintragungen
IV. Besondere verwaltungsverfahrensrechtliche Aspekte
V. Fazit

I. Einleitung

Am 18.12.2023 hat das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) sein Urteil B-2228/2021 vom 5.12.2023 und eine Medienmitteilung zu einem firmenrechtlichen Streit auf seiner Webseite publiziert. Das BVGer schreibt in der Medienmitteilung: «Die beiden Firmen ‹TX Group AG› wurden um einen Tag versetzt in den kantonalen Handelsregistern St. Gallen und Zürich eingetragen. Beim Eidgenössischen Handelsregisteramt kann dies nach über einem Jahr nicht mehr beanstandet werden.»[1] Im Kern geht es bei dieser Streitigkeit um die Frage, ob eine Rechtseinheit via Handelsregisterbehörden die Korrektur von Handelsregistereintragungen einer anderen Rechtseinheit verlangen kann. Vorab so viel: Das BVGer hat die Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Es bleibt somit vorerst bei der unzulässigen Situation, dass es zwei identische Firmen im schweizerischen Handelsregister gibt.

Der vorliegende Aufsatz argumentiert, dass Unternehmen, die einen Streit bezüglich der Handelsregistereintragung eines anderen Unternehmens haben, ihren Konflikt sinnvollerweise mit einer zivilrechtlichen Klage klären sollten, falls eine einvernehmliche Lösung nicht erzielbar ist. Der Weg über ein Rechtsmittel gegen eine SHAB-Publikation, wie das Urteil des BVGer B-2228/2021 sinngemäss verstanden werden könnte, steht hingegen im Widerspruch zum handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren.

Schliesslich sei noch erwähnt, dass das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023, das am 18.12.2023 an die Verfahrensbeteiligten versandt worden ist, zum

---

* Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic.iur., LL.M., MA UZH, Lehrbeauftragter an den Universitäten Freiburg, St.Gallen und Zürich, und Abteilungsleiter Handelsregister, Handelsregister- und Konkursamt des Kantons Zug. Der Autor vertritt seine persönlichen Ansichten und bindet seine Arbeitgeber nicht. Er war und ist in keiner Art und Weise in das vor Bundesverwaltungsgericht hängige Beschwerdeverfahren B-2228/2021 involviert.

1 Vgl. BVGer, Medienmitteilung vom 18.12.2023 zum Urteil B-2228/2021, zwei Firmen mit identischem Namen.

Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht rechtskräftig war. Gegen das Urteil des BVGer B-2228/2021 konnte somit noch mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erhoben werden. Das Verfahren ist inzwischen vor Bundesgericht hängig.

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte zum Urteil des BVGer B-2228/2021

Der börsenkotierte Medienkonzern und Herausgeber zahlreicher Medien wie z.B. dem «Tages-Anzeiger» war bis Ende 2019 mit der Firma «Tamedia AG», CHE-105.836.696, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Der Verwaltungsrat der Tamedia AG hat – wie das für börsenkotierte Unternehmen üblich ist – seine Aktionäre unter Einhaltung der Einladungsfrist von 20 Tagen zur Generalversammlung eingeladen und mit der Einladung das Traktandum und den Antrag bekannt gegeben, die Firma von «Tamedia AG» zu «TX Group AG» ändern zu wollen. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 20.12.2019 hat diese der Umfirmierung zur «TX Group AG» (CHE-105.836.696, nachfolgend «TX Group AG ZH»)[2] zugestimmt, was sogleich dem Handelsregister des Kantons Zürich zur Eintragung angemeldet worden ist. Das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) hat die Eintragung am 23.12.2019 genehmigt. Die Umfirmierung wurde am 27.12.2019 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert.

Jemand anderes hatte zeitnah die Gründung der Aktiengesellschaft mit der Firma «TX Group AG», (CHE-291.279.759, nachfolgend «TX Group AG SG») mit Statutendatum 6.12.2019 bei einem Notar öffentlich beurkunden lassen. Diese Unterlagen wurden am 9.12.2019 dem Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen übergeben und am 19.12.2019 ins Tagesregister des St. Galler Handelsregisters eingetragen. Das EHRA hat diesen Tagesregistereintrag am 20.12.2019 genehmigt und am 24.12.2019 im SHAB publizieren lassen. Auf die Idee mit der Firma «TX Group» ist noch ein anderer Gründer gekommen: Er konnte seine «TX Group GmbH» (CHE-347.591.952) mit Statutendatum 18.12.2019 und mit Tagesregistereintragung vom 20.12.2019 im Handelsregister des Kantons Thurgau eintragen lassen.[3] Diese «TX Group GmbH» hat mit Tagesregistereintrag vom 30.3.2020 ihren Sitz nach Zug verlegt und sich in «Techworks GmbH» umfirmiert. Die Gegebenheit mit der «TX Group GmbH» hat für diesen Aufsatz keine weitere Relevanz.

Anschliessend ist zwischen der TX Group AG SG und der TX Group AG ZH ein Streit entstanden, wer den Firmennamen «TX Group AG» nutzen dürfe. Nach Art. 951 OR muss sich die Firma einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen von Handelsgesellschaften und Genossenschaften deutlich unterscheiden. Da nun sowohl im Handelsregister des Kantons Zürich als auch in demjenigen des Kantons St. Gallen

---

2 Die Umfirmierung hat keine Änderung der CHE-Nummer zur Folge.

3 Gemäss EHRA, Interne Weisung zur Prüfung der Firmenidentität vom 1.4.2021, Rz. 20, sind Rechtsformzusätze bei juristischen Personen unter dem Blickwinkel der Firmenidentität nicht unterscheidungskräftig. Somit wären die Firmen «TX Group GmbH» und TX Group AG» firmenrechtlich nicht unterscheidungskräftig.

jeweils eine «TX Group AG» eingetragen ist, wird damit der in Art. 951 OR definierte Grundsatz der Ausschliesslichkeit der eingetragenen Firma verletzt.

Mit Schreiben vom 21.1.2021 ersuchte die TX Group AG SG das Handelsregisteramt des Kantons Zürich um Stellungnahme zum Sachverhalt, dass nun zwei Aktiengesellschaften mit der Firma «TX Group AG» im Handelsregister eingetragen seien.[4] Des Weiteren warf die TX Group AG SG gegenüber dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Frage auf, wie es nun die Korrektur der später erfolgten Zürcher Eintragung der «TX Group AG» vornehmen werde, da nicht zeitgleich zwei identische Firmen im Register figurieren könnten.[5] Im Anschluss hatte die TX Group AG SG das EHRA darum ersucht, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, es sei die TX Group AG ZH zu verpflichten, die Firmenbezeichnung zu ändern.[6] Nachdem die TX Group AG SG inzwischen anwaltliche Unterstützung beigezogen hatte, verlangte sie – ausserhalb eines konkreten handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahrens – vom EHRA, dass dieses den rechtmässigen Zustand wiederherstelle oder andernfalls eine anfechtbare Verfügung erlasse.[7]

Das EHRA wies das Gesuch der TX Group AG SG um Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich der beiden «TX Group AG» Firmen mit Verfügung vom 9.4.2021 zurück. Seine Verfügung begründete das EHRA damit, dass die sachliche Zuständigkeit fehle, im Handelsregister des Kantons Zürich selbst Änderungen vorzunehmen oder gegenüber dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Änderung der Firma «TX Group AG» in «Tamedia AG» anzuordnen.[8] Des Weiteren könne auch das Handelsregisteramt des Kantons Zürich dem Gesuch der Beschwerdeführerin nicht nachkommen.[9]

Die TX Group AG SG gelangte mit Beschwerde vom 11.5.2021 an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und verlangte die Aufhebung der Verfügung des EHRA vom 9.4.2021. Ausserdem verlangte die TX Group AG SG, dass dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich rechtsverbindlich mitzuteilen sei, dass die Eintragung der Firmenbezeichnung der Zürcher TX Group AG in Tamedia AG anzuordnen sei.[10]

Das BVGer hat mit Urteil B-2228/2021 vom 5.12.2023 die Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Damit wird der rechtswidrige Sachverhalt nicht behoben: Es bleiben die zwei identischen Firmen «TX Group AG» im Handelsregister einstweilen nebeneinander bestehen.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Beschwerdeführerin Anfang 2024 ihren Sitz von Rapperswil-Jona nach Zürich verlegt hat. Das heisst, nun sind beide «TX Group AG»-Rechtseinheiten im Handelsregister des Kantons Zürich mit Sitz in der Stadt Zürich eingetragen. Dieser Umstand dürfte das Verwechslungspotenzial zusätzlich erhöhen.

---

4 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. B.
5 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. B.
6 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. C.
7 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. C.
8 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. D.
9 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. D.
10 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 Bst. E.

2. Fragestellungen

Sowohl der Streit betreffend die beiden identischen Firmennamen als auch das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 i.S. «TX Group AG» gegen «TX Group AG» werfen Fragen auf, die losgelöst von diesem konkreten Fall von allgemeinem Interesse sind: Einerseits beschäftigt sich das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 mit der Rechtsnatur der Handelsregistereintragungen sowie der damit verbundenen Publikationen im SHAB und wie diese angefochten werden können. Andererseits geht es aus Sicht der Rechtsschutzsuchenden um die allgemeine Frage, wie unerwünschte oder fehlerhafte Eintragungen korrigiert werden können, selbst wenn es Eintragungen von Dritten betrifft. Damit verbunden ist somit die Frage, wie Dritte die Korrektur einer Handelsregistereintragung einer anderen Rechtseinheit verlangen könnten.

Dieser Aufsatz will eine alternative Begründung zum Sachverhalt darlegen, der Gegenstand des Urteils des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 war. Das ist aus Sicht des Autors notwendig, da die rechtlichen Erwägungen des vorerwähnten Urteils, sofern sie auf andere Fälle analog angewandt würden, mit dem handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren nicht kompatibel wären. Es gäbe zudem sachgerechtere Wege, um gegen unerwünschte oder rechtswidrige Eintragungen Dritter vorzugehen. Der Sachverhalt des Urteils des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 wurde vom Bundesverwaltungsgericht nach früherem Handelsregisterrecht beurteilt.[11] Auf die Beantwortung der in diesem Aufsatz diskutierten Fragen hat es jedoch keinen Einfluss, ob das geltende oder das frühere Recht angewendet wird, da die hier interessierenden Fragestellungen von der Gesetzesnovelle zur Modernisierung des Handelsregisterrechts, die auf den 1.1.2021[12] in Kraft getreten ist, nicht tangiert worden sind.

Ein bekannter Spruch lautet: «If the only tool you have is a hammer, it is tempting to treat everything as if it were a nail.»[13] Nur weil jemand mit einem bestimmten Werkzeug besonders vertraut ist, heisst das nicht, dass dieses zur Lösung sämtlicher Problemstellungen verwendet werden sollte. Um den Rechtsschutz im Kontext des Handelsregisterrechts zu verstehen, sind zunächst der Ablauf und die verschiedenen Rechtsmittelwege im Bereich des Handelsregisters überblicksartig darzulegen. Dadurch werden für alle Akteure die zur Verfügung stehenden Werkzeuge, d.h. Klagen, Gesuche, Rechtsmittel und Verfahren nochmals vergegenwärtigt, um eine sachgerechte Lösung für ihre jeweilige Problemstellung zu finden.

Die Beschwerdeführerin hat ausserhalb eines Handelsregistereintragungsverfahrens sinngemäss die Wiedererwägung einer bereits genehmigten Handelsregistereintragung einer anderen Rechtseinheit verlangt, womit das EHRA das kantonale Handelsregisteramt hätte anweisen sollen, eine bestimmte Eintragung rückgängig zu machen. Schnell wird klar, dass die Beschwerdeführerin im Streit, der Gegenstand des Urteils des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 war, nicht den

---

11 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 2.1 und E. 2.2.

12 Vgl. BG vom 17. März 2017 (Handelsregisterrecht), in Kraft seit 1.1.2021, Art. 928*b* und 928*c* in Kraft seit 1. April 2020 (AS 2020 957; BBl 2015 3617).

13 Abraham Harold Maslow, The Psychology of Science, New York 1966, 15 f.

zwingenden Instanzenzug für eine Handelsregistereintragung einhält und mit einem Wiedererwägungsgesuch ausserhalb des Eintragungsverfahrens nicht zum Ziel gelangen kann. Der Instanzenzug wäre auch nicht eingehalten, wenn die Eingabe der Beschwerdeführerin beim EHRA zeitnah zur SHAB-Publikation der Umfirmierung des Medienkonzerns in die TX Group AG erfolgt wäre.

II. Überblick zum handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren

Gemäss Art. 929 Abs. 1 OR müssen Einträge im Handelsregister «wahr sein und dürfen weder zu Täuschungen Anlass geben noch einem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen». Handelsregisteranmeldungen werden gestützt auf eine Anmeldung der Betroffenen, eine Verfügung, ein Urteil oder von Amtes wegen vorgenommen.[14] Eine Eintragung beruht grundsätzlich auf der Initiative der betroffenen eintragungspflichtigen bzw. -berechtigten Personen («Anmeldeprinzip»).[15] Im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren spricht man auch vom «Belegprinzip». Diesem Prinzip zufolge sind sämtliche zur Eintragung ins Handels-

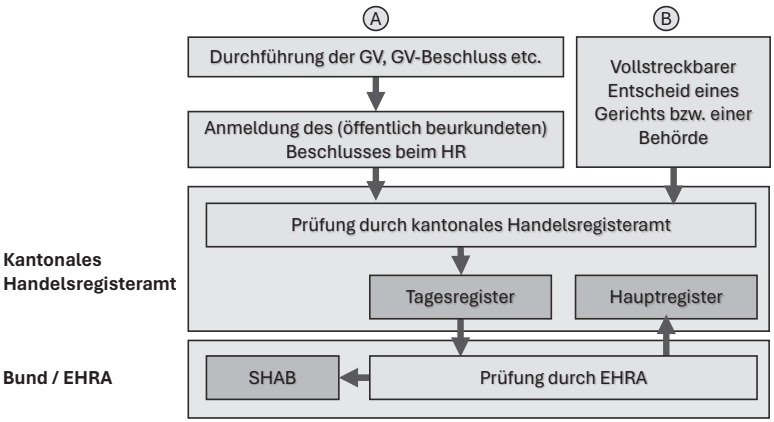


Abbildung 1: Eintragungsverfahren

register anzumeldenden Tatsachen mit einer Urkunde zu belegen.[16] Wenn die vollständige Anmeldung und sämtliche Belege mit dem rechtlich vorgesehenen Inhalt vorliegen, dürfen die Handelsregisterbehörden grundsätzlich von der Wahrheit der dargelegten Tatsachen ausgehen.[17] Ausnahmen hiervon dürften bestehen, wenn der Inhalt von Belegen im Sinne von Art. 929 Abs. 1 OR nicht wahr ist, zu

---

14 Art. 929 OR.

15 Vgl. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023, § 6 N 54 f.

16 Art. 929 Abs. 2 OR; vgl. Clemens Meisterhans/Michael Gwelessiani, in: Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 23 N 122.

17 Vgl. Rino Siffert, Berner Kommentar, Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Obligationenrecht, Bern 2021, Art. 929 N 26.

Täuschungen Anlass gibt oder öffentlichen Interessen zuwiderläuft.[18] Im Falle notorisch unwahrer Tatsachen darf eine Eintragung verweigert werden.[19]

Abbildung 1 enthält eine Übersicht zum Eintragungsverfahren, wobei Rechtsmittelwege ausgeblendet sind.[20] Typischerweise stellen Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats Belege dar, die zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden können (vgl. die Variante bei Buchstabe A in Abbildung 1). Des Weiteren können Entscheide und Verfügungen von Gerichten oder Behörden, die dem kantonalen Handelsregister mitgeteilt werden, eine Eintragung zur Folge haben (vgl. die Variante bei Buchstabe B in Abbildung 1). Das zuständige kantonale Handelsregisteramt nimmt die Anmeldung (oder die Mitteilung eines Entscheids) für die Eintragung im Handelsregister entgegen. Die mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen werden vom Handelsregister nach Massgabe von Art. 937 OR geprüft. Sofern die Anmeldung und die damit eingereichten Belege eintragungsfähig sind, wird die Eintragung ins (kantonale) Tagesregister vorgenommen. Im nächsten Schritt nimmt das EHRA die Prüfung vor und gibt den Eintrag frei oder weist ihn zurück. Wenn der Eintrag durch das EHRA freigegeben wird, hat das kantonale Handelsregisteramt diesen in das Hauptregister einzutragen. Des Weiteren übermittelt das EHRA den Text der Handelsregistereintragung zuhanden des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, welches den Eintragungstext im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert.

Die Einträge ins Handelsregister werden gemäss Art. 936*a* Abs. 1 OR im Schweizerischen Handelsamtsblatt elektronisch veröffentlicht, und sie werden mit ihrer Veröffentlichung wirksam. Sodann legt Art. 936*b* OR die Wirkungen der Veröffentlichung fest. Wenn eine Tatsache ins Handelsregister eingetragen wurde, so kann gemäss Art. 936*a* Abs. 1 OR niemand einwenden, er habe die Tatsache nicht gekannt. Und wenn eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht ins Handelsregister eingetragen wurde, so kann sie gemäss Art. 936*b* Abs. 2 OR einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war. Und schliesslich sieht Art. 936*b* Abs. 3 OR vor, dass, wer sich gutgläubig auf eine eingetragene Tatsache verlassen hat, obwohl sie unrichtig war, in seinem guten Glauben zu schützen ist, wenn dem keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

III. Rechtsschutz gegen Handelsregistereintragungen

Wer sich gegen eine Eintragung wehren will, kann um Rechtsschutz bei den hierfür zuständigen Behörden ersuchen. Aus dem Anfechtungsobjekt kann das zuständige Gericht ermittelt werden, bei welchem um Rechtsschutz zu ersuchen ist. Dem Grundsatz nach richtet sich eine Klage gegen den Beschluss eines Organs der

---

18 Vgl. BGE 113 II 280 ff.

19 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 6 N 72; Lukas Müller, Die (Un-)Zulässigkeit von Schutzschriften im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren, Gedanken anlässlich der Abschaffung der Handelsregistersperre per 1. Januar 2021, SZZP 3/2022, 289 ff.

20 Eine ähnliche Darstellung findet sich bei Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, § 5 N 25.

Rechtseinheit (z.B. gegen den Beschluss einer Generalversammlung), gegen den Entscheid eines Gerichts oder gegen eine Verfügung des kantonalen Handelsregisteramts oder des EHRA.

1. Zivilrechtspflege

Aus der Sicht der Zivilrechtspflege sind mehrere Varianten zu unterscheiden, wobei sorgfältig zu prüfen ist, gegen welches Anfechtungsobjekt vorzugehen ist. Ein Rechtsschutzbehelf kann sich gegen eine Anmeldung respektive einen Beschluss der Rechtseinheit richten, gegen einen Entscheid einer Behörde oder eines Gerichts oder gegen die Verfügung des kantonalen Handelsregisteramts oder des EHRA an sich. Vom Anfechtungsobjekt hängt der Instanzenzug mit den entsprechenden Rechtsmitteln ab. In Abbildung 2 sind die wichtigsten Instanzen der Zivilrechtspflege dargestellt.

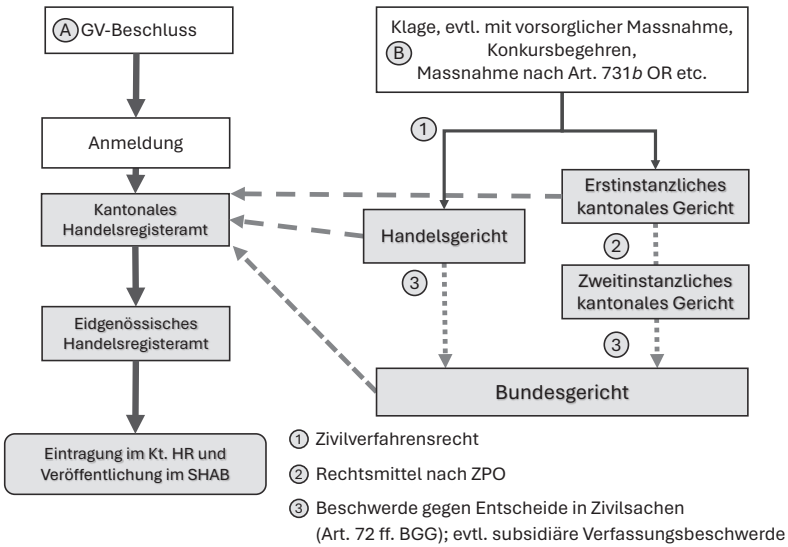


Abbildung 2: Zivilrechtspflege

1.1 Anmeldung des Beschlusses der Rechtseinheit

In Abbildung 2 ist in der Variante links (mit dem Buchstaben A markiert) der häufigste Fall dargestellt. Typischerweise beschliesst das zuständige Organ einer Gesellschaft ein Rechtsgeschäft, wie etwa eine Kapitalerhöhung, eine Zweckänderung oder Personalgeschäfte. Somit würde eine Anmeldung nach Art. 17 f. HRegV mit Belegen dem kantonalen Handelsregisteramt zur Eintragung eingereicht. Das kantonale Handelsregisteramt nimmt eine Prüfung der Belege vor und trägt die eintragungsfähigen Geschäfte ein.

1.2 Entscheid eines Gerichts oder einer Behörde

1.2.1 Anfechtbarer GV-Beschluss

Handelsregisterbehörden sind verpflichtet, anfechtbare Beschlüsse einer Generalversammlung in das Handelsregister einzutragen. Wer eine entsprechende Eintragung verhindern (oder gegebenenfalls rückgängig machen) möchte, muss an das hierfür zuständige Zivilgericht gelangen und rechtzeitig eine entsprechende Klage einreichen. Das Gesellschaftsrecht stellt hierzu verschiedene Klagen zur Verfügung, insbesondere die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen nach Art. 706 ff. OR, die sich gegen Beschlüsse der Generalversammlung richten, sowie die Nichtigkeitsklage gegen die Beschlüsse des Verwaltungsrats nach Art. 714 OR. Wer der Meinung ist, dass ein Generalversammlungsbeschluss rechtswidrig, jedoch nicht offensichtlich nichtig ist, muss rechtzeitig die Anfechtungsklage erheben.[21] Falls nun beispielsweise ein Aktionär gegen einen Generalversammlungsbeschluss vorgehen möchte, kann er, bevor die Eintragung des Beschlusses beim Handelsregister erfolgt, an das zuständige Zivilgericht gelangen (vgl. Variante B in Abbildung 2).

In Kantonen mit Handelsgerichten (Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich) ist zu prüfen, ob das Handelsgericht statt einem lokalen erstinstanzlichen Kreis- oder Bezirksgericht für den Streit anzurufen ist. Falls eine Klage beim Handelsgericht einzureichen ist, entfällt gemäss Art. 198 lit. f ZPO das Schlichtungsverfahren. Dabei können unter gegebenen Voraussetzungen auch auf Gesuch hin vom Zivilgericht vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, wenn ein der Gesuchstellerin zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.[22] Das zuständige Gericht könnte auf Antrag der vor Gericht streitenden Parteien das kantonal zuständige Handelsregisteramt anweisen, eine bestimmte Eintragung zu unterlassen («Handelsregistersperre») oder das Handelsregister anweisen, eine bestimmte Eintragung vorzunehmen.[23]

1.2.2 Entscheid betreffend Konkurseröffnung

In der Handelsregisterpraxis kommt es regelmässig vor, dass ein Gericht über eine Gesellschaft den Konkurs eröffnet. Dies kann einerseits gestützt auf eine Überschuldungs- oder Insolvenzanzeige der Gesellschaft oder gestützt auf eine Konkursbetreibung erfolgen. Ein alternativer Weg kann sich beispielsweise aus einem Entscheid des zuständigen Zivilgerichts ergeben, wenn ein Gericht eine Gesell-

---

21 Vgl. Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021, § 12 N 100 ff., § 12 N 109 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 16 N 354 ff.

22 Art. 261 Abs. 1 ZPO; vgl. Urs Schenker/Olivier Schenker, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023, 401 ff.

23 Art. 261 Abs. 1 ZPO; vgl. Schenker/Schenker (Fn. 22), 401 ff.; David Equey, Le nouveau droit du registre de commerce, Bern 2023, N 454 ff.; Lukas Müller/Alina Fancelli, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung – Eine Analyse unter Berücksichtigung des modernisierten Handelsregisterrechts, REPRAX 1/2021, 1 ff.; Nick Mezger, Gedanken zur Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO, ZZZ 62/2023, 129 ff. Siehe im Übrigen auch die Möglichkeit, eine vorsorgliche Stellungnahme beim kantonalen Handelsregisteramt einzureichen, um die Eintragung einer unwahren Eintragung zu verhindern: Müller (Fn. 19), 281 ff.

schaft infolge einer Massnahme nach Art. 731*b* OR bzw. Art. 939 OR auflöst und die Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses anordnet.

Falls eine Rechtseinheit die Konkurseröffnung abwenden möchte, muss sie diese mit einem geeigneten Rechtsmittel verhindern. Das kann mittels einer Beschwerde an die kantonale Rechtsmittelinstanz geschehen, wobei darzulegen ist, dass z.B. alle ausstehenden Forderungen bezahlt worden sind. Wenn dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zukommt oder der Konkurs aufgehoben worden ist, dann teilt dies das zuständige Gericht dem kantonalen Handelsregisteramt mit. Das kantonale Handelsregisteramt wird wiederum umgehend die sich aus dem Entscheid ergebenden Tatsachen eintragen. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei der Eintragung beim kantonalen Handelsregisteramt um eine Verfügung nach kantonalem Recht. Selbstverständlich wird jede Eintragung des kantonalen Handelsregisteramts vom EHRA geprüft, wobei das Verwaltungshandeln des EHRA wiederum eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt. Der Inhalt der Verfügung des EHRA besteht im häufigsten Fall darin, die Tagesregistereintragung des kantonalen Handelsregisteramts zu genehmigen. Verweigert das EHRA die Genehmigung des Tagesregistereintrags des kantonalen Handelsregisteramts endgültig, so erlässt das EHRA gemäss Art. 33 Abs. 4 HRegV eine beschwerdefähige Verfügung.

1.2.3 Andere zivilrechtliche Schutzbehelfe

Ausserhalb des Systems des handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahrens gibt es weitere (zivilrechtliche) Schutzbehelfe. Mit diesen Schutzbehelfen kann das möglicherweise missbräuchliche «Besetzen» von Firmennamen eingedämmt werden.

Ein Firmeninhaber kann beispielsweise das Ausschliesslichkeitsrecht bezüglich einer Firma mittels Klage auf Unterlassung geltend machen und gegebenenfalls bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Art. 956 Abs. 2 OR).[24]

Ausserhalb des Firmenrechts kommt des Weiteren wettbewerbsrechtlicher Schutz infrage. Nach Art. 2 UWG gilt jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren als unlauter und widerrechtlich, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern oder Abnehmern beeinflusst. Aufgrund des UWG kann auch geklagt werden, wenn die ältere und die jüngere Firma nicht zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Unlauter handelt nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG insbesondere, wer über seine Firma unrichtige oder irreführende Angaben macht. Darunter ist auch die Verwendung einer verwechselbaren Firma zu verstehen.[25] Als älter erweist sich eine schutzsuchende Firma nach UWG, wenn sie vor einer anderen die betreffende Bezeichnung verwendet hat; auf die Priorität der Eintragung im Handelsregister kommt es nach UWG – anders als im Firmenrecht – nicht an.[26] In BGE 109 II 483 E. 4 hat es das Bundesgericht bereits genügen lassen, wenn ein ausländisches Unternehmen durch Inserate für Waren und Leis-

---

[24] Vgl. BSK OR II-Martina Altenpohl, Art. 956 N 6 ff.; CR CO II-Ivan Cherpillod, art. 956 N 11 ff.
[25] Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 7 N 139; CR CO II-Ivan Cherpillod, art. 956 N 17.
[26] Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 7 N 141.

tungen in der Schweiz geworben hatte, obwohl es in der Schweiz noch nicht tätig war. Für die Verwendung der Firma «TX Group AG» könnte in diesem Fallbeispiel (und in ähnlichen Fällen) – zumindest aus der Sicht des Medienkonzerns – dafür argumentiert werden, dass bereits die Mitteilung der Einladung zur Generalversammlung mit dem Antrag die Firma von Tamedia AG zu TX Group AG umfirmieren zu wollen, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht den Zeitpunkt festlegt, dass der Medienkonzern den Firmennamen nutzen wollte. Diese Auslegungsvariante könnte Wettrennen zur Registrierung von Firmennamen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht eindämmen.

Der wettbewerbsrechtliche Schutz kann auch gewährt werden, wenn die Firma der anderen Rechtseinheit firmenrechtlich zulässig ist.[27] Insofern sind die firmenrechtlichen und die wettbewerbsrechtlichen Rechtsbehelfe voneinander unabhängig. Ausnahmsweise kann sich auch im Wettbewerbsrecht die jüngere Firma gegen die ältere Firma wehren, wenn erstere eine überragende lokale Verkehrsgeltung dartun kann, weil wettbewerbsrechtlich eine Verwechslungsgefahr besteht.[28]

Schliesslich ist auch zu prüfen, ob neben dem Firmen- oder Wettbewerbsrecht auch das Namensrecht oder das Persönlichkeitsrecht gestützt auf Art. 29 ZGB eine Klagemöglichkeit schafft. Insbesondere bei Vereinen oder Stiftungen, deren Namen nicht nach dem Firmenrecht geschützt sind, ist eine solche Klage zu prüfen.[29]

Weiter ist auf BGE 93 II 256 hinzuweisen. Demnach kann weder nach Firmenrecht noch nach Namens- oder Wettbewerbsrecht Schutz beanspruchen, wer nur vorsorglich eine eingetragene Firma registriert, die aber tatsächlich kein Unternehmen betreibt. Hier sind Mantelgesellschaften oder Gesellschaften, die auf Vorrat («Vorratsgründung») gegründet werden, gemeint.

Den Rechtsbehelfen und Klagen aus Firmen-, Namens- oder Wettbewerbsrecht ist gemein, dass Kläger und Beklagter vor einem Zivilgericht den Streit austragen müssen. Das vollstreckbare Urteil ist sodann im kantonalen Handelsregister einzutragen. Diese Eintragung erfolgt nach den voranstehend erläuterten Verfahrensregeln (vgl. vorne Abschnitt III.1.2). Die firmen-, namens- oder wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten werden nicht auf dem Verwaltungsrechtspflegeweg ausgetragen.

Schliesslich könnten auch Schutzbehelfe im Markenrecht einschlägig sein. Wird die Firma gleichzeitig als Marke hinterlegt, kann auch indirekt ein Schutz aus Markenrecht erfolgen. Der Markenhinterleger kann gegen jede Verwendung der Marke im Geschäftsverkehr vorgehen, was gemäss Bundesgericht auch den Gebrauch als Firma umfasst.[30]

---

27 Vgl. BGE 90 II 192 E. 2; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 7 N 142.
28 Vgl. Urteil des BGer 4C.240/2006 vom 13.10.2006; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 7 N 142.
29 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 7 N 144 ff.; CR CO II-Ivan Cherpillod, art. 956 N 16.
30 Vgl. BGE 120 II 144 E. 2a.

2. Verwaltungsrechtspflege

Die Rechtsschutzbehelfe der Verwaltungsrechtspflege sind notwendig, falls jemand mit einer Verfügung des kantonalen Handelsregisteramts oder des EHRA nicht einverstanden ist. Das kann den Anwendungsfall betreffen, wonach das kantonale Handelsregisteramt eine Eintragung nicht entsprechend der Anmeldung vornimmt oder wenn sie anders vorgenommen wird, als dies angemeldet worden ist.

2.1 Berichtigung oder Nachtrag

Bevor ein Rechtsmittel an das zuständige Gericht erhoben wird, ist zu prüfen, ob eine Berichtigung oder ein Nachtrag des Registereintrags vorzunehmen ist. Gemäss Art. 27 HRegV berichtigt das Handelsregisteramt auf Antrag oder von Amtes wegen eigene Redaktions- und Kanzleifehler. Dabei ist eine Berichtigung als solche zu bezeichnen und in das Tagesregister aufzunehmen. Typische Anwendungsfälle sind gegeben, wenn ein Handelsregisteramt etwa einen Namen, eine Zahl oder eine Adresse falsch von der eingereichten Anmeldung bzw. den Belegen abgeschrieben hat. Ein Redaktions- oder ein Kanzleifehler liegt vor, wenn Informationen sinnentstellend falsch aus den Belegen übernommen worden sind. Eine Berichtigung ist zulässig, wenn der Fehler beim Handelsregisteramt liegt.[31] Falls der Fehler von der anmeldenden Person verursacht worden ist, kann keine Berichtigung vorgenommen werden. Stattdessen hat die Person eine neue Anmeldung mit korrekten Belegen einzureichen.

Das Handelsregisteramt trägt auf Antrag oder von Amtes wegen gestützt auf Art. 28 HRegV nachträglich angemeldete und belegte Tatsachen ein, die es versehentlich nicht eingetragen hat. Der Nachtrag ist gestützt auf Art. 28 HRegV als solcher zu bezeichnen und in das Tagesregister aufzunehmen.

Falls ein Geschäft irrtümlich angemeldet worden ist, steht hierfür weder eine Berichtigung noch ein Nachtrag zur Verfügung. Stattdessen muss die Änderung von Tatsachen erneut zur Eintragung angemeldet werden.[32]

2.2 Beschwerde ans Gericht

In der Materie des Handelsregisterrechts gibt es verschiedene Verwaltungsgerichtsinstanzen. Welche gerichtliche Instanz angerufen werden muss, ergibt sich aus dem Anfechtungsobjekt. Abbildung 3 zeigt die verfügenden Instanzen und die anzurufenden Rechtsmittelinstanzen. Der Ausgangspunkt kann beispielsweise eine Anmeldung einer Person oder ein vollstreckbares Urteil nach Art. 19 HRegV bilden, oder es findet eine Eintragung von Amtes wegen statt (Art. 938 OR i.V.m. Art. 152 ff. HRegV). In letzterem Fall verfügt das kantonale Handelsregisteramt selbst, und zwar ohne dass eine Anmeldung, ein Entscheid einer anderen Behörde oder eines Gerichts vorliegt.

---

31 Vgl. Meisterhans/Gwelessiani (Fn. 16), Art. 27 N 144.

32 Vgl. Alexander Vogel, in: HRegV, OFK-Kommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2023, Art. 27 N 4.

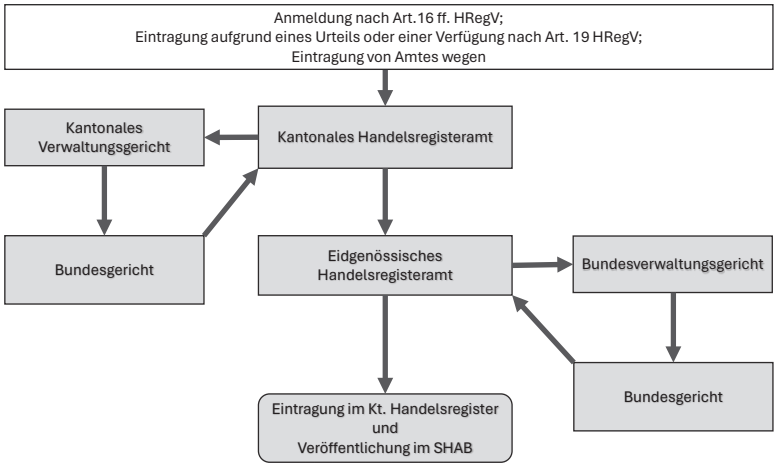


Abbildung 3: Verwaltungsrechtspflege

Ein Anwendungsbeispiel findet sich in BGE 148 III 362. In dem Streit, der vom Bundesgericht zu entscheiden war, wollte jemand eine bestimmte Tatsache zur Eintragung anmelden und das kantonale Handelsregisteramt vertrat die Meinung, dass der Sachverhalt so nicht eintragungsfähig war. Das kantonale Handelsregisteramt erlässt in einem solchen Fall eine Verfügung nach kantonalem Verwaltungsrecht. Diese Verfügung kann bei der kantonalen Gerichtsinstanz angefochten werden, wobei typischerweise das kantonale Verwaltungsgericht zuständig ist. Der diesbezügliche Rechtsschutz ist bundesrechtlich in Art. 942 OR vereinheitlicht.

Nach Art. 942 Abs. 1 OR können Verfügungen der kantonalen Handelsregisterämter innert 30 Tagen nach deren Eröffnung angefochten werden. Gemäss Art. 942 Abs. 2 OR bezeichnet jeder Kanton ein oberes Gericht als einzige Beschwerdeinstanz. Die kantonalen Gerichte teilen ihre Entscheide unverzüglich dem Handelsregisteramt mit und eröffnen sie der Oberaufsichtsbehörde des Bundes, d.h. dem EHRA. Der kantonale Verwaltungsgerichtsentscheid unterliegt nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und eventuell der subsidiären Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG.

Schliesslich ist auch der Fall möglich, dass das kantonale Handelsregisteramt eine Eintragung als zulässig erachtet, das EHRA jedoch entscheidet, dass die vom Kanton vollzogene Eintragung unzulässig ist. In Art. 33 HRegV sind dieses Verfahren sowie der damit verbundene Rechtsmittelweg dargelegt. Wenn das EHRA die Genehmigung endgültig verweigert, erlässt es eine beschwerdefähige Verfügung, und diese Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.[33] Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), soweit das VGG nichts an-

[33] Art. 31 ff. des Bundesgesetzes vom 17.6.2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

deres bestimmt. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann wiederum beim Bundesgericht nach den Vorschriften der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG). Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts gibt es keine Möglichkeit zur subsidiären Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht, da diese gemäss Art. 113 BGG nur gegen letztinstanzliche «kantonale» Entscheide zulässig ist und es sich beim Bundesverwaltungsgericht um ein eidgenössisches Gericht handelt.

Hierbei ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass das EHRA gemäss Art. 33 HRegV lediglich eine Eintragung des kantonalen Handelsregisteramts genehmigen, sie zurückstellen oder endgültig abweisen kann. Das EHRA hat hingegen keine Kompetenz, dem kantonalen Handelsregisteramt die Anweisung zu erteilen, eine bestimmte Eintragung vorzunehmen. Da sich der Streitgegenstand mit dem fortschreitenden Instanzenzug nur verengen, aber nicht ausweiten oder inhaltlich verändern kann, ist dies auch beim Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht (und anschliessend bei einer Beschwerde gegen das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil beim Bundesgericht) zu berücksichtigen.[34] Das Bundesverwaltungsgericht kann somit nicht Zusätzliches oder Anderes anordnen, was nicht bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens respektive der Verfügung des EHRA gewesen ist.

IV. Besondere verwaltungsverfahrensrechtliche Aspekte

Im Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 geben zwei rechtliche Argumentationen besonderen Anlass zu Bemerkungen. Einerseits stellt sich generell die Frage, ob Dritte die Korrektur der Eintragung einer anderen Rechtseinheit im Handelsregister veranlassen können. Letztlich geht es damit auch um das Drittbeschwerderecht. Andererseits wirft das BVGer die grundsätzliche Frage auf, wie eine Eintragung im Handelsregister respektive die Publikation der Eintragung im SHAB rechtlich zu qualifizieren ist.

1. Drittbeschwerderecht im Allgemeinen

Wer im vorinstanzlichen Verfahren Partei war, kann grundsätzlich eine Beschwerde erheben. Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.[35] Zur Beschwerde legitimiert ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hatte,[36] durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist[37] und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.[38] Parteistellung können neben dem unmittelbaren Verfügungsadressaten

---

34 Vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2; BGE 136 II 165 E. 5.
35 Art. 6 VwVG.
36 Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG.
37 Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG.
38 Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG.

auch Dritte haben, wenn sie durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sind und in einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache stehen.

Parteistellung können neben dem unmittelbaren Verfügungsadressaten auch Dritte haben, wenn sie durch den angefochtenen oder den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sind und in einer besonders nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Überdies muss die dritte Person einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h., ihre Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können.[39] Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet für sich allein – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selbst – keine Parteistellung.[40] Der Einbezug der Parteien in das Verfahren ermöglicht diesen, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 29 VwVG auszuüben.[41]

Die Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 lit. b und lit. c VwVG haben zum Zweck, die sogenannte Popularbeschwerde auszuschliessen. Staatliche Rechtsakte sollen nicht von jedermann infrage gestellt werden können, sondern nur von Personen, die zu diesen Rechtsakten eine besondere Beziehungsnähe aufweisen. Daran fehlt es, wenn jemand durch den angefochtenen Rechtsakt nicht stärker betroffen ist als die Allgemeinheit. Die Geltendmachung von allgemeinen öffentlichen Interessen genügt somit nicht, um die materielle Beschwer zu begründen.[42]

Die Befugnis, ein Verwaltungsgericht anzurufen, erfordert ein besonderes schützenswertes Interesse, das der Drittbeschwerdeführer dartun muss. Wer seine Ansprüche auf dem zivil- oder strafrechtlichen Weg verfolgen kann, benötigt hierfür nicht die Verwaltungsrechtspflege, selbst wenn dies faktisch eine unterstützende Wirkung haben mag. Wer eine Zivil- oder Strafklage einleiten kann und dadurch eine Korrektur eines handelsregisterrechtlichen Eintrags bewirken kann, hat kein besonderes (zusätzliches) Interesse, das Verwaltungsgericht anzurufen. Wenn beispielsweise das Zivilgericht bereits in seinem Entscheid das Handelsregisteramt anweist, eine bestimmte Eintragung vorzunehmen, und somit dem Anliegen des Dritten entspricht, so kann das verwaltungsgerichtliche Verfahren keinen zusätzlichen Nutzen für den Drittbeschwerdeführer haben.

2. Drittbeschwerderecht gegen Handelsregistereintragungen?

Im Verfahren B-2228/2021 vor BVGer war die TX Group AG ZH Nebenpartei, die vom BVGer ins Verfahren einbezogen worden ist. Die TX Group AG SG war Beschwerde-

---

39 Vgl. Urteil des BVGer B-3170/2017 E. 2.2.1; BGE 136 II 281 E. 2.2.

40 Vgl. Urteil des BVGer B-3170/2017 E. 2.2.1; BGE 142 II 451 E. 3.4.1; BGE 139 II 279 E. 2.2; BGE 135 II 172 E. 2.1; BGE 135 II 145 E. 6.1; BGE 133 II 249 E. 1.3.1; BGE 131 II 587 E. 2.1 und E. 3.

41 Vgl. Urteil des BVGer B-3170/2017 E. 2.2.1.

42 Vgl. Urteil des BVGer B-3170/2017 E. 2.2.1; BGE 133 II 249 E. 1.3.2.

führerin. Faktisch richtete sich die Eingabe der Beschwerdeführerin gegen die Eintragung der Firma der Nebenpartei, der TX Group AG ZH, damit diese wieder ihre bisherige Firma führen müsste. Zur Beschwerdelegitimation erwägt das BVGer im Urteil B-2228/2021 Folgendes:

> «4.1 Die Nebenpartei macht weiter geltend, der Beschwerdeführerin fehle die materielle Beschwer bzw. sie erfülle die strengen Anforderungen an die Beschwerdelegitimation von Dritten nicht. Sie sei zwar in formeller Hinsicht beschwert, ihre Anträge richteten sich jedoch nicht auf ihre eigene Eintragung im Handelsregister, sondern gegen diejenige der Nebenpartei.
> Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Ansicht, dass sie stärker als jedermann betroffen sei und sie es sei, die sich mit dieser Unklarheit auseinandersetzen müsse. Wenn die Vorinstanz verpflichtet werde, das geltende Recht durchzusetzen, sei die Unsicherheit über die Identität der Beschwerdeführerin indes behoben.
> 4.2 Beschwerdeberechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG nur, wer durch die angefochtene Verfügung stärker als ein beliebiger Dritter betroffen ist und deshalb in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht (BGE 145 II 259 E. 2.3; 142 II 451 E. 3.4.1; 142 II 80 E. 1.4.1). Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn die beschwerdeführende Partei mit ihrem Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (BGE 141 II 14 E. 4.4; 140 II 214 E. 2.1; 139 II 499 E. 2.2). Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern der Beschwerdeführerin einen praktischen Vorteil zu verschaffen (BGE 141 II 307 E. 6.2; 141 II 14 E. 4.4; Urteil des BVGer B-5390/2021 vom 1. Juli 2022 E. 3.2).
> 4.3 Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid der Vorinstanz, der das Gesuch der Beschwerdeführerin um Herstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich der beiden identischen Firmen zurückwies. Durch diese Verfügung ist die Beschwerdeführerin stärker als jedermann betroffen, und sie steht in einer besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache. Unbestritten sind die Beschwerdeführerin und Nebenpartei unter derselben Firma «TX Group AG» eingetragen und schweizweit publiziert. Die Änderung der Firma der Nebenpartei würde der Beschwerdeführerin einen praktischen Nutzen bringen, da sie in der Folge die Ausschliesslichkeit der Firmenbezeichnung erhielte. Dahingehend stützt sich das Vorbringen der Beschwerdeführerin letztlich auf firmenrechtliche Grundsätze (vgl. oben E. 3.3 f.). Beide Firmen sind identisch. Entsprechend ist die Beschwerdeführerin in ihrer eigenen Firmenexklusivität tangiert. Indem das gesamtschweizerische Ausschliesslichkeitsrecht eine direkte oder zumindest mittelbare Verwechslungsgefahr vermeidet, wird die tatsächliche und rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Verfahrensausgang in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst. Die Änderung der Firma der Nebenpartei würde als direkte Wirkung mit einer sich daraus ergebenden Firmenausschliesslichkeit einen eigenen schutzwürdigen Vorteil der Beschwerdeführerin nach sich ziehen.
> 4.4 Nach dem Gesagten ist die materielle Beschwer zu bejahen und auf die Beschwerde somit einzutreten. An dieser Stelle ist aber auch darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Beurteilung nur soweit zuständig ist, wie es die Vorinstanz war.
> Die Handelsregisterbehörden prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung ins Handelsregister erfüllt sind (Art. 937 OR; vor 1. Januar 2021 Art. 940 aOR). Die Prüfungspflicht des EHRA entspricht derjenigen des Handelsregisteramts (Art. 32 Abs. 3 HRegV). Der Handelsregisterführer verfügt bezüglich der formellen registerrechtlichen Voraussetzungen über eine umfassende Kognition, während seine Prüfungsbefugnis in Belangen des materiellen Rechts beschränkt ist (vgl. BGE 132 III 668 E. 3.1; Urteile des BGer 5A_367/2022 vom 30. August 2023 E. 3.4.1 f.; 4A_363/2013 vom 28. April 2014 E. 2.1, nicht publiziert in BGE 140 III 206).

> Eine zu beurteilende materiellrechtliche Bestimmung muss zwingenden Rechts sein und zur Wahrung öffentlicher Interessen oder zum Schutz Dritter statuiert worden sein, darf also nicht bloss die Interessen direkt Beteiligter betreffen (BGE 132 III 668 E. 3.1; Urteil des BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 2.6). Zu den Bestimmungen, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt sind und die Handelsregisterbehörden deshalb mit voller Kognition überprüfen, gehört Art. 951 OR (Sachüberschrift: «Ausschliesslichkeit der eingetragenen Firma»; Urteil des BVGer B-5057/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 2.3). Art. 955 OR verpflichtet die Handelsregisterbehörden von Amtes wegen, die Beteiligten zur Wahrung der Bestimmungen über die Firmenbildung anzuhalten, so dass bei Firmen die Firmenbildungsvorschriften mit voller Kognition geprüft und gegebenenfalls die Eintragung in das Handelsregister verweigert werden (Siffert, a.a.O., Art. 955 N 7 m.w.H.). Entsprechend müssen sie dafür sorgen, dass keine identischen Firmen eingetragen werden (Vogel, a.a.O., Art. 32 N 10) und die spätere Anmeldung zurückweisen.
> Das Bundesverwaltungsgericht verfügt grundsätzlich über eine umfassende Kognition (Art. 49 VwVG). Seine Prüfungsbefugnis kann indes nicht weiter als diejenige der Vorinstanz reichen (vgl. BGE 149 II 187 E. 3.3; 139 V 407 E. 4.1.2; 135 V 382 E. 4.2; Urteil des BGer 9C_446/2016 vom 24. November 2016 E. 3.1.1; Urteil des BVGer B-5100/2020 vom 23. November 2021 E. 2). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das angerufene Gericht nicht berechtigt, den kantonalen Handelsregisterämtern über die Kognition der Vorinstanz hinausgehende Anordnungen zu erteilen. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.»

Isoliert betrachtet mögen die Erwägungen des BVGer zwar auf den ersten Blick nachvollziehbar erscheinen. Diese Erwägungen blenden jedoch unzulässigerweise den Kontext des handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahrens bzw. den Instanzenzug und die einem Dritten zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Klagen aus.

Die Beschwerdeführerin hatte vom EHRA die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in dem Sinne verlangt, dass nur noch die Beschwerdeführerin mit Sitz in Rapperswil-Jona die Firma TX Group AG nutzen könne und dass die TX Group AG ZH somit wieder die frühere Firma hätte nutzen müssen. Die Beschwerdeführerin hat sinngemäss vom EHRA verlangt, dass es dem kantonalen Handelsregisteramt die Mutation der Firma in den ursprünglichen Zustand anordnen solle. Die Anfechtung der Verfügung des EHRA vom 9.4.2021 sah das BVGer zwar als fristgerecht erfolgt. Das BVGer qualifizierte das von der Beschwerdeführerin verfasste Schreiben, das dem EHRA am 24.1.2021 zugegangen ist, als Wiedererwägungsgesuch. Ein Wiedererwägungsgesuch dürfe indessen «nicht bloss dazu dienen, rechtskräftige Entscheide laufend in Frage zu stellen oder die Einhaltung von Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen»[43]. Das Wiedererwägungsgesuch sei am 24.2.2021 mehr als ein Jahr, nachdem die Beschwerdeführerin Kenntnis über die beiden identischen Eintragungen der «TX Group AG» hatte, eingereicht worden. Dies sei zu spät, da die Handelsregistereintragung der TX Group AG ZH bereits am 27.12.2019 vollzogen worden sei. Eine Wiederwägung sei im vorliegenden Fall auch nicht ausnahmsweise von Amtes wegen aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig, da beide Rechtseinheiten mit identischen Firmen koexistieren könnten. Dabei erwog das BVGer, dass eine Publikation im SHAB eine «Allgemeinverfügung» darstelle und dass nach Ablauf der 30-tägigen

[43] Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 8.1 mit Hinweisen auf Rechtsprechung.

Rechtsmittelfrist die Beschwerde gegen diese «Allgemeinverfügung» als zu spät erhoben gelte. Im Umkehrschluss heisst das, dass die Beschwerdeführerin ihre Eingabe innerhalb der Beschwerdefrist von 30 Tagen seit der Publikation des Handelsregistereintrags im SHAB bei der zuständigen Instanz hätte einreichen müssen.

Die Überlegungen des BVGer betreffend ein allfälliges Drittbeschwerderecht gegen im SHAB publizierte Handelsregistereintragungen respektive «Allgemeinverfügungen» dürfen nicht pauschal verallgemeinert werden. Bei Allgemeinverfügungen ist es denkbar, dass Dritte – die nicht zwingend zum Vornherein bekannt oder ermittelbar sind – ebenfalls ein Beschwerderecht haben könnten, wenn sie «in hinreichendem Masse» betroffen sind. Ein solches Beschwerderecht ist in einigen Sachbereichen gegenüber Konkurrenten bekannt, wird jedoch in der Gerichtspraxis restriktiv gehandhabt.[44]

Das BVGer sah das Beschwerderecht der TX Group AG SG als gegeben, da die Änderung der Firma der TX Group AG ZH einen praktischen Vorteil verschafft hätte, nämlich die ausschliessliche Nutzung der Firma «TX Group AG», wenn sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Handelsregister erreicht hätte.[45] Bereits diese Ansicht ist verfehlt, da hierfür nicht die Mittel der Verwaltungsrechtspflege einschlägig sind, sondern Schutzbehelfe ausserhalb des handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahrens.[46] Eine Korrektur der handelsregisterrechtlichen Eintragungen kann nicht «oben» beim Instanzenzug beginnen mittels einer gerichtlichen Anweisung zuhanden des EHRA, das wiederum einem kantonalen Handelsregisteramt eine bestimmte Eintragung anzuordnen hätte. Wie bereits eingangs gezeigt worden ist und im Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 4.4 a.E. korrekt ausgeführt wird (wonach «das angerufene Gericht nicht berechtigt [ist], den kantonalen Handelsregisterämtern über die Kognition der Vorinstanz hinausgehende Anordnungen zu erteilen»[47]), muss der Instanzenzug für die Handelsregistereintragung eingehalten werden. Ein Gericht müsste ein kantonales Handelsregisteramt anweisen, eine bestimmte Eintragung vorzunehmen. Alternativ wäre es auch denkbar, eine bestimmte Rechtseinheit zu verpflichten, eine spezifische Anmeldung gegenüber einem Handelsregisteramt abzugeben.

Für die involvierten Parteien wäre im allgemeinen Fall zu prüfen, ob es nicht sachgerechter wäre – ohne Anrufung des Bundesverwaltungsgerichts oder des EHRA – vor einem Zivilgericht die Streitsache zu klären. Die Streitigkeiten könnten beispielsweise gestützt auf eine Klage nach Art. 956 OR, im Falle von Vereinen oder Stiftungen gestützt auf Namensrecht (Art. 29 ZGB) oder gestützt auf das UWG geklärt werden. Falls rechtzeitig eine Marke eingetragen worden wäre, dann

---

44 Vgl. Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023 (zit. Autor, Praxiskommentar VwVG), Art. 48 VwVG N 25 und N 28 f.

45 Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 4.2 f.

46 Im gleichen Sinn: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27.9.2016, publiziert in REPRAX 1/2017, 41 ff., insb. E. 6.

47 Einfügung durch den Verfasser; siehe zudem das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 9: «Überdies ist nicht weiter darüber zu befinden, ob allfällige Ansprüche der Beschwerdeführerin auf dem zivilrechtlichen Weg zu verfolgen sind.»

wäre der mittelbare Schutz gestützt auf das Markenschutzgesetz denkbar.[48] Fest steht in jedem Fall, dass es genügend Rechtsbehelfe ausserhalb des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens gibt, um beispielsweise mittels zivilrechtlicher Klagen den Streit zu klären.[49] Ein zusätzlicher Nutzen aus einem Gesuch beim EHRA respektive einer Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht ergibt sich daraus nicht. Würde man eine solche Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht in ähnlich gelagerten Fällen zulassen, dann käme dies meines Erachtens eher einer Popularbeschwerde gleich, was das Prozessrecht eigentlich ausschliessen soll.[50]

Hätte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde als fristgerecht erhoben beurteilt, dann hätte es sie dennoch nicht im Sinne der Beschwerdeführerin gutheissen können, da der Streitgegenstand zu weit gefasst gewesen wäre. Die Anordnung, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (sprich als Dritter eine Anpassung der Zürcher Firma «TX Group AG» zu verlangen), hätte den Instanzenzug verletzt. Diese Anordnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hätte – wenn sie vom Bundesverwaltungsgericht angeordnet worden wäre – die Regel missachtet, dass das EHRA nur Einträge des kantonalen Handelsregisteramts genehmigen oder nicht genehmigen kann (vgl. Art. 33 HRegV). Das EHRA kann Eintragungen eines kantonalen Handelsregisteramts verhindern, nicht aber bestimmte Eintragungen anordnen.[51]

Eine Partei, die eine Anpassung einer fremden Firma respektive eines fremden Handelsregistereintrags verlangen will, muss somit entweder die andere Rechtseinheit oder eine dafür zuständige Person dazu bringen, eine entsprechende Anmeldung einzureichen, oder es muss vor dem zuständigen Zivilgericht ein entsprechendes Urteil erstritten werden, womit das zuständige kantonale Handelsregisteramt auf zivilgerichtliche Anweisung hin eine entsprechende Eintragung vornehmen muss. Mit diesem Instanzenzug benötigen die Parteien kein Verwaltungsgericht. Der Weg über das Verwaltungsbeschwerdeverfahren erübrigt sich damit. Einem Dritten mangelt es somit bereits an der nach Art. 48 Abs. 1 VwVG vorausgesetzten Beschwerdeberechtigung.

3. Publikation der Handelsregistereintragung als «Allgemeinverfügung»?

Ein weiterer bemerkenswerter Gedanke ist in den folgenden Erwägungen des Urteils des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 enthalten. Hier beschreibt das BVGer, dass es sich bei der Publikation einer Handelsregistereintragung im SHAB um eine Allgemeinverfügung handeln könnte:

> «6.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass selbst wenn nicht von der Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung ausgegangen werde, die Genehmigung der TX Group AG ZH als Doppeleintragung unrechtmässig sei und somit in Wiedererwägung gezogen werden müsse. Im Zentrum ihrer Anfechtung steht mithin die

---

48 Vgl. BGE 120 II 144 E. 2a.

49 In die gleiche Richtung gehen die Erwägungen des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27.9.2016, publiziert in REPRAX 1/2017, 41 ff.

50 Wäre die Popularbeschwerde zugelassen, dann bräuchten die Verfahrensgesetze keine Vorschriften bezüglich der Rechtsmittellegitimation, wie dies z.B. in Art. 48 VwVG oder Art. 89 BGG der Fall ist.

51 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 15), § 6 N 47.

Firmeneintragung der Nebenpartei. Für eine mögliche Wiedererwägung ist zunächst zu klären, ob und wann die Vorinstanz diesbezüglich eine Verfügung erlassen hat.

6.2 Wenn die Vorinstanz eine Eintragung ins Handelsregister endgültig verweigert, erlässt sie eine beschwerdefähige Verfügung (Art. 33 Abs. 4 HRegV), die beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (vgl. Urteile des BVGer B-5100/2020 vom 23. November 2021 E. 1.2; B-951/2020 vom 16. August 2021 E. 1.2; B-5057/2018 vom 30. Oktober 2019 E. 2.2). Vorliegend geht es nicht um die Verweigerung, sondern die Genehmigung einer Eintragung. Ob diese Verfügungscharakter hat, lässt die Handelsregisterverordnung unbeantwortet. Damit sind die für eine Verfügung erforderlichen Merkmale anhand des Genehmigungsprozesses zu prüfen.

6.3 Eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG stellt eine einseitige Anordnung einer Behörde dar, die im Einzelfall ein Rechtsverhältnis in verbindlicher und erzwingbarer Weise gestützt auf öffentliches Recht des Bundes regelt (vgl. BGE 139 V 143 E. 1.2; 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3; BVGE 2021 IV/1 E. 2.4.4).

6.4 Das EHRA übermittelt die genehmigten Einträge elektronisch an das SHAB, wodurch der Publikationsprozess eingeleitet wird (Art. 32 Abs. 4 HRegV). Die Einträge ins Handelsregister werden im SHAB elektronisch veröffentlicht und mit der Publikation im SHAB rechtswirksam (Art. 936*a* Abs. 1 OR und Art. 35 Abs. 1 HRegV). Die Rechtswirksamkeit macht die Eintragung verbindlich im Sinne des Verfügungsbegriffs. Dass das EHRA in der Sache öffentliches Recht zur Anwendung bringt, ist ebenfalls unbestritten. Sodann wird damit ein konkreter Einzelfall geklärt. Die Publikation der Eintragung hat schliesslich eine einseitige Wirkung.

Im Unterschied zu einer individuell eröffneten Verfügung richtet sich die Veröffentlichung der Eintragung nicht an eine bestimmte Person, sondern vielmehr an einen grösseren, nicht individuell bestimmten Adressatenkreis. Die Publikation der TX Group AG ZH vom 27. Dezember 2019 im SHAB ist damit als Allgemeinverfügung zu qualifizieren. Diese regelt, wie hier, einen konkreten Einzelfall, richtet sich aber im Unterschied zu einer individuell eröffneten Verfügung an einen grösseren, nicht individuell bestimmten Adressatenkreis (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 2018 475 vom 10. Januar 2019 E. 11.3; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27. September 2016 E. 2 in: REPRAX 2017 S. 41 ff.).

7.

7.1 Nachdem feststeht, dass mit der Publikation der Eintragung der TX Group AG ZH eine Verfügung vorliegt, ist darüber zu befinden, ob die Beschwerdeführerin diese rechtzeitig angefochten hat.

7.2 Allgemeinverfügungen werden von der Rechtsprechung hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit grundsätzlich den gewöhnlichen Verfügungen gleichgestellt (BGE 147 II 300 E. 2.2; 125 I 313 E. 2b). Es gilt damit die 30-tägige Frist von Art. 50 Abs. 1 VwVG.

7.3 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Publikation der TX Group AG ZH im SHAB am 27. Dezember 2019. Die Publikation hat die Kenntnisvermutung der eingetragenen Firma zur Folge (vgl. Art. 936*b* Abs. 1 OR; vor 1. Januar 2021 vgl. Art. 933 Abs. 1 aOR). Als positive Publizitätswirkung statuiert der Gesetzgeber die Fiktion, dass der Registerinhalt allgemein bekannt ist (vgl. Urteil des BGer 5A_840/2020 vom 11. März 2021 E. 3.3.2 m.w.H.). Die gesetzliche Kenntnisvermutung schliesst den Einwand aus, einen im SHAB veröffentlichen Eintrag nicht gekannt zu haben.

7.4 Mit undatiertem Schreiben, welches am 24. Februar 2021 eingegangen ist, gelangte die Beschwerdeführerin erstmals an die Vorinstanz. In ihrer Eingabe ersuchte sie die Vorinstanz, das Zürcher Handelsregisteramt anzuweisen, die jüngere «TX Group AG» mit Sitz in Zürich zu verpflichten, die Firmenbezeichnung zu ändern. Gegebenenfalls sei die Verfügung «auch» durch die Vorinstanz zu erlassen. Soweit diese Eingabe als Wiedererwägungsgesuch oder als an die falsche Instanz gerichtete Beschwerde qualifiziert werden kann, ist festzustellen, dass die Vorinstanz am 27. Dezember 2019 verfügt hat. Diese Allgemeinverfügung wurde folglich nicht innerhalb der gesetzlichen Frist angefochten. Damit fragt sich, ob

> eine Anfechtung aufgrund des Charakters einer generell-konkreten Anordnung ausnahmsweise nach Ablauf der 30-tägigen Frist zulässig war.
> 7.5 Ist der Adressatenkreis bestimmt oder bestimmbar und kann die Allgemeinverfügung ohne konkretisierende Anordnung einer Behörde angewendet und vollzogen werden, so bildet sie ein der Verfügung gleichgestelltes direktes Anfechtungsobjekt (BGE 125 I 313 E. 2b m.w.H.; vgl. auch BGE 147 II 300 E. 2.2). Die Gleichbehandlung von Allgemeinverfügungen gegenüber Individualverfügungen (vgl. oben E. 7.2) gilt zumindest in diesen Fällen (vgl. BGE 139 V 143 E. 1.2; Urteile des BGer 9C_575/2022 vom 5. Juli 2023 E. 4.2.1; 2C_104/2012 vom 25. April 2012 E. 1.2; BVGE 2020 V/2 E. 1.4). Ausschlaggebend ist, ob einem Betroffenen eine sofortige Anfechtung der Allgemeinverfügung möglich und zumutbar war (Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 819). Zugleich bleibt entscheidend, dass sich die Verfügung unmittelbar vollziehen lässt (vgl. BGE 144 II 218 E. 6.1; 134 II 272 E. 3.2).
> Der Öffentlichkeit und damit auch der Beschwerdeführerin war die Umfirmierung der Nebenpartei per 27. Dezember 2019 bekannt. Die Anfechtungsfrist hat folglich mit dem Datum der Publikation begonnen. Die Beschwerdeführerin hatte von der Publikation der TX Group AG ZH ab Veröffentlichung Kenntnis oder musste davon Kenntnis haben. Auch wurde sie nicht daran gehindert, innert Frist an die Vorinstanz zu gelangen. Folglich musste sie innert Frist Beschwerde erheben und wäre eine rechtzeitige Anfechtung geboten gewesen. Dennoch wurde die Verfügung erst nach über einem Jahr nach Kenntnis und Anfechtungsmöglichkeit und somit zu spät angefochten. Die Verfügung ist daher mit Ablauf der 30-tägigen Frist in formelle Rechtskraft erwachsen. Die verspätete Eingabe könnte auch aufgrund der relativen Revisionsfrist von 90 Tagen nicht mehr berücksichtigt werden, sofern die Eingabe der Beschwerdeführerin als Revisionsgesuch zu beurteilen wäre (vgl. Art. 67 Abs. 1 VwVG).»

An dieser Stelle (insb. Erwägungen 7.4 und 7.5) ist das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 nicht präzis. Die Beschwerdeführerin hat nicht die Genehmigung des EHRA bzw. die SHAB-Publikation der Firmenänderung (d.h. die «Allgemeinverfügung») angefochten, sondern die Verfügung des EHRA, mit der die Vorinstanz das Gesuch um «Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands» zurückgewiesen hat. Die Beschwerdeführerin hat sodann fristgerecht gegen den Entscheid des EHRA vom 9.4.2021, mit welchem sich das EHRA für unzuständig erklärte, beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben.[52] Schliesslich gelangt das BVGer zum Schluss, dass die «Allgemeinverfügung» mit Ablauf der 30-tägigen Frist seit der Publikation im SHAB vom 27.12.2019 in Rechtskraft erwachsen sei.[53] Die Beschwerdeführerin hätte somit (vermutlich) bereits die Genehmigungsverfügung des EHRA (d.h. die «Allgemeinverfügung») fristgerecht anfechten und innerhalb derselben Frist das Wiedererwägungsgesuch beim EHRA stellen müssen. Diese Frist wurde gemäss Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 7.5 verpasst.

Bereits mit Urteil vom 27.9.2016 gelangte das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur gleichen Schlussfolgerung, dass SHAB-Publikationen Allgemeinverfügungen darstellen würden. Im Zuger Entscheid blieb der beschwerdeführende

[52] Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 1.
[53] Vgl. Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 7.5.

Dritte jedoch ohne Rechtsmittellegitimation, da er seine Anliegen klageweise beim zuständigen Zivilgericht geltend machen müsse.[54]

Der Verfasser des vorliegenden Beitrags ist mit der Qualifikation der SHAB-Publikation als Allgemeinverfügung nicht einverstanden. Eine Allgemeinverfügung ist (anders als ein generell-abstraktes Gesetz und oder eine individuell-konkrete Verfügung) generell-konkret. Eine Allgemeinverfügung richtet sich grundsätzlich an jedermann, aber die Anordnung betrifft einen konkreten Sachverhalt. Die Allgemeinverfügung ist eine Anordnung, die eine konkrete Situation ordnet, sich aber an einen grösseren, nicht individuell bestimmten Personenkreis richtet.[55] Das klassische Lehrbuchbeispiel sind die Verkehrsanordnungen. Man kann sich darunter beispielsweise ein Fahrverbot, ein Parkverbot oder eine Tempobeschränkung auf einer Strasse vorstellen. Die Allgemeinverfügung regelt in ihrem Anwendungsbereich das Rechtsverhältnis zu den (einzelnen) Adressaten *gleichermassen*. Das heisst, für alle ergeben sich genau dieselben Pflichten (z.B. alle dürfen auf einer bestimmten Strasse nur 50 km/h schnell fahren; alle Personen müssen an bestimmten Orten eine «Schutzmaske» tragen).

Das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 konstruiert eine Drittwirkung im Sinne eines Reflexes des Handelsregistereintrags (der eintragungswilligen Rechtseinheit) und daraus eine Rechtsverbindlichkeit «*e contrario*» für alle anderen potenziell eintragungsfähigen oder eintragungswilligen Rechtseinheiten. Das Kriterium der gleichmässigen Geltung für alle Personen fehlt somit im Fall einer SHAB-Publikation respektive in einer Verfügung des Handelsregisteramts. Mit anderen Worten: Ein Handelsregistereintrag für eine Rechtseinheit würde nun gegenüber allen anderen Rechtseinheiten und Personen bedeuten: «Ihr alle anderen Rechtseinheiten seid mit dem Eintrag einer bestimmten Person oder einer bestimmten Firma gerade eben nicht im Handelsregister eingetragen», worin das BVGer im Urteil B-2228/2021 vom 5.12.2023 eine Allgemeinverfügung gegenüber einem offenen Adressatenkreis sieht, die für alle gleichermassen gelte. Diese Rechtsanwendung widerspricht jedoch dem klassischen Verständnis der Allgemeinverfügung.[56] Wendet man das gleiche Begriffsverständnis der Allgemeinverfügung auf andere Lebensbereiche an, dann wird der Widerspruch zur Theorie offenkundig. Bei einer Baubewilligung kann auch nicht von einer Allgemeinverfügung die Rede sein, in dem Sinn, dass gegenüber allen anderen Personen (ausser gegenüber dem Baugesuchsteller) verfügt wird, «sie dürfen (betreffend den Regelungsgegenstand der Baubewilligung) nicht bauen (zumal sie gar kein Baugesuch gestellt haben)». Es wird offenkundig, dass die Verfügung gerade eben nicht gegenüber jedermann *gleichermassen* gilt, was jedoch für die Allgemeinverfügung begriffsnotwendig ist. Das Beispiel ist mit dem firmenrechtlichen Bereich vergleichbar, da es für jede Firma eine nach Art. 951 OR ausschliessliche Eintragung geben kann. Auch bei Landparzellen kann jeweils nur ein Gebäude für eine be-

---

54 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27.9.2016, publiziert in REPRAX 1/2017, 41 ff. Diese Ansicht wurde übernommen im Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 2018 475 vom 10.1.2019 E. 11.3.

55 Vgl. Felix Uhlmann/Matthias Kradolfer, Praxiskommentar VwVG (Fn. 44), Art. 5 VwVG N 54; Urteil des BGer 6B_113/2007 vom 13.9.2002 E. 2.3.1; Urteil des BVGer C-824/2007 vom 19.3.2008 E. 4.1.

56 Vgl. Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, Praxiskommentar VwVG (Fn. 44), Art. 29 VwVG N 36.

stimmte Eigentümerschaft oder Bauherrschaft gebaut werden. Wenn der Bauherr auf einem Stück Land ein Gebäude baut, kann eine andere Person auf dem gleichen Stück Land kein Gebäude mehr bauen, zumindest nicht, solange das bisherige Gebäude nicht abgerissen worden ist.

Zudem müsste vor Erlass einer Allgemeinverfügung unter Umständen zumindest Spezialadressaten[57] das rechtliche Gehör gewährt werden, was kaum praktikabel ist (vgl. aber Art. 30*a* VwVG), zumal im handelsregisterrechtlichen Eintragungsprozess die von einer möglichen Handelsregistereintragung betroffenen Personen kaum ermittelbar wären. Als Spezialadressat wäre vorgängig anzuhören, wer möglicherweise eine Parteistellung haben könnte.[58] Im Falle einer SHAB-Publikation (d.h. unter Berücksichtigung des handelsregisterrechtlichen Eintragungsprozesses würde dies die Eintragung beim kantonalen Handelsregisteramt umfassen) wären somit das kantonale Handelsregisteramt und das EHRA verpflichtet, den infrage kommenden Adressaten das rechtliche Gehör zu gewähren oder eine Art spezialgesetzliches Einwendungsverfahren gegen Handelsregisterpublikationen zu schaffen. Auch diese Varianten sind unpraktikabel und würden den Nutzen von Handelsregistereintragungen erheblich schmälern. Im Geschäftsalltag wäre es unpraktisch, wenn sich Dritte nicht mehr auf aktuelle Handelsregistereinträge verlassen könnten, sondern stets damit rechnen müssten, dass Handelsregistereinträge bereits seit einiger Zeit nicht mehr aktuell sein könnten, da Einsprachefristen zu berücksichtigen wären.

Die Handelsregistereintragung ist, unabhängig davon, wer sie erlässt und wie sie publiziert wird, eine normale (Einzel-)Verfügung, die allenfalls in sehr wenigen Ausnahmefällen Drittinteressen betreffen kann, was zur Öffnung des Rechtswegs für ebendiese Dritten führen könnte. Das ist ein normaler verwaltungsrechtlicher Vorgang, der aber wohl angesichts der Spezialitäten beim Handelsregistereintrag modifiziert werden muss, um nutzlose Prozesse mit Drittbeschwerdeführern zu vermeiden. Dabei müsste ebenfalls berücksichtigt werden, dass Dritte in vielen Fällen die Möglichkeit haben, bei einem Zivilgericht eine Klage einzureichen, damit dieses das kantonale Handelsregister anweisen kann, bestimmte Tatsachen einzutragen, was dann vom EHRA genehmigt und im SHAB publiziert würde. Ein Drittbeschwerderecht ist hierfür wohl in den allermeisten Fällen nicht erforderlich. Im Übrigen wäre auch die Möglichkeit zu prüfen, ob Dritte selber eine Anmeldung mit Belegen dem Handelsregister einreichen und dadurch eine neue Eintragung bewirken können.[59]

Der Verfügungstext des kantonalen Handelsregisters basiert in der Regel auf einer Anmeldung und den in Belegen dokumentierten Tatsachen oder auf einem behördlich mitgeteilten Entscheid. Zwar erfolgen die Eintragungen gestützt auf eine Verfügung (nach kantonalem Rechtspflegegesetz) des kantonalen Handelsregisteramts und die Genehmigung der Eintragung durch das EHRA erfolgt mit einer Verfügung nach Art. 5 VwVG. Da jede einzutragende Tatsache nach Art. 929 OR auf einer Anmeldung und Belegen oder auf einem Gerichtsentscheid beruht, ist

---

57 Vgl. Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, Praxiskommentar VwVG (Fn. 44), Art. 29 VwVG N 36.
58 Vgl. Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, Praxiskommentar VwVG (Fn. 44), Art. 29 VwVG N 36.
59 Vgl. Art. 17 Abs. 2 HRegV.

immer das handelsregisterrechtliche Verfahren zu durchlaufen. Die Publikationen im SHAB stellen jedoch keine Verfügungen dar, da es sich lediglich um die Publikation derselben handelt. Zwar entfalten Publikationen von Handelsregistereintragungen Wirkungen gegenüber jedermann, da die Kenntnis einer bestimmten Handelsregistereintragung damit fingiert wird und sich alle Personen in gutem Glauben auf die im Register eingetragenen Tatsachen verlassen dürfen, selbst wenn die Eintragungen unrichtig sind und dem keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Das ergibt sich aus Art. 936*a* f. OR. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass im Anschluss an eine Publikation einer Handelsregistereintragung im SHAB ein Beschwerderecht ans Bundesverwaltungsgericht bestehen würde. Würde man das generelle Beschwerderecht dennoch annehmen, dann wären rechtsschutzsuchende Personen gehalten, zusätzlich zu den üblichen Rechtsbehelfen (Anfechtungsklagen, Nichtigkeitsklagen, wettbewerbsrechtliche Klagen etc.) rechtzeitig auch eine Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zu erheben. Da die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat, würde dies möglicherweise den Spielraum schaffen, aus prozesstaktischen Gründen Handelsregistereintragungen zu blockieren. Dies kann nicht im Sinne des Rechtsverkehrs, der Handelsregisterpraxis und gewiss auch nicht im Sinne der Verwaltungsrechtspflege sein. Deshalb ist zu hoffen, dass es sich beim Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 eher um eine Ausnahmeerscheinung handelt, die in Zukunft keine weitere Beachtung findet.

Falls das Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 einen allgemeinen Grundsatz einführt, dass Publikationen im SHAB beim Bundesverwaltungsgericht als Allgemeinverfügung anfechtbar sein sollen, dann wäre es empfehlenswert, dass in Zukunft in SHAB-Publikationen der Zusatz angebracht wird, dass einer Beschwerde im Sinne des Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung entzogen werde. Darüber hinaus wäre es sinnvoll, im Obligationenrecht ausdrücklich vorzusehen, dass die Anfechtung von SHAB-Publikationen im Handelsregisterrecht nicht zulässig ist. Dies könnte beispielsweise durch eine Ergänzung von Art. 942 OR erfolgen.

Wenn die Ergänzung der SHAB-Publikationstexte nicht mit dem Zusatz stattfindet, dass einer Beschwerde im Sinne von Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung entzogen werde, dann wäre es sinnvoll, wenn das Bundesverwaltungsgericht bzw. der Instruktionsrichter einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach Art. 55 Abs. 2 VwVG entziehen würde. Die Voraussetzung hierfür dürfte praktisch in allen Fällen gegeben sein, da der Rechtsschutz in Handelsregistersachen bei der richtigen Instanz beginnen muss. Das heisst, dass bereits der beim kantonalen Handelsregisteramt einzureichende Gerichts- oder Verwaltungsentscheid bzw. die Anmeldung und die Belege angefochten werden müssten. Die Anfechtung erst auf Stufe des EHRA ist hingegen nicht zielführend, da eine Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht zu einem Rechtsmittel vor Zivilgerichten stets als subsidiär einzustufen wäre.

Im vorliegenden Fall befasste sich das EHRA ausserhalb des handelsregisterrechtlichen Eintragungs- und Genehmigungsverfahrens mit der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 24.2.2021 und entsprach diesem Gesuch mit der Verfügung

vom 9.4.2021 nicht (sog. «Negativ-Verfügung»). Da im Falle einer «Negativ-Verfügung» eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung haben kann, stellte sich das Problem im Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 nicht. Bei negativen Verfügungen wäre es jedoch denkbar, dass der Instruktionsrichter eine vorsorgliche Massnahme anordnet.[60] Aus den gleichen Gründen, weshalb keine aufschiebende Wirkung gewährt werden sollte, d.h. um Verzögerungen im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren zu vermeiden, ist jedoch auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu verzichten.

V. Fazit

Der vorliegende Beitrag geht anlässlich des Urteils des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 in Sachen TX Group AG gegen TX Group AG den Fragen nach, ob Dritte ein verwaltungsgerichtliches Beschwerderecht gegen handelsregisterrechtliche Eintragungen haben sollen. Dieser Aufsatz plädiert entschieden gegen ein solches Drittbeschwerderecht, unabhängig davon, ob es um Wiedererwägungen von Handelsregistereintragungen, SHAB-Publikationen oder um Verfügungen betreffend Handelsregistereintragungen geht. Weiter verwirft dieser Aufsatz die Auffassung des BVGer, wonach die SHAB-Publikationen der Handelsregistereintragungen Allgemeinverfügungen darstellen würden. Im Gegensatz zu Allgemeinverfügungen, die für die Adressaten *gleichermassen* gelten, ist das bei Eintragungen im Handelsregister gerade eben nicht der Fall. Bei Publikationen im SHAB handelt es sich – wie die Bezeichnung sagt – um Publikationen. Daran ändert auch nichts, wenn ein Verfügungstext publiziert wird, der anderweitig bereits verfügt worden ist. Der Extremfall der fast zeitgleichen Eintragung der beiden Firmen «TX Group AG» sollte nicht zum Anlass genommen werden, im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren neue Rechtsmittelwege und Drittbeschwerderechte zu schaffen. In jedem Fall sollten Verwaltungsgerichtsinstanzen berücksichtigen, ob es in einem bestimmten Fall den involvierten Streitparteien offenstehen würde, ihr Anliegen mittels einer Klage oder eines Gesuchs bei einem Zivilgericht geltend zu machen. Wenn Dritte die Korrektur von Handelsregistereintragungen erwirken wollen, müssen sie sich nach den Ansichten in diesem Aufsatz primär mittels zivilrechtlicher Schutzbehelfe an das zuständige Zivilgericht wenden. Falls die Klage verspätet oder verwirkt ist, dann muss dies für das Verwaltungsverfahren präjudizierend wirken. Ein allfälliges Drittbeschwerderecht wäre in diesem Sinn nur in Ausnahmefällen möglich, namentlich falls gar keine Klage vor einem Zivilgericht möglich gewesen wäre.

Schliesslich ist auch bei jeder verwaltungsgerichtlichen Beschwerde darauf zu achten, dass der Instanzenzug einer handelsregisterrechtlichen Eintragung eingehalten wird. Ein Verwaltungsgericht kann im Rechtsmittelverfahren den Streitgegenstand nur einengen, nicht aber ausweiten oder verändern. Gegenstand der Beschwerde im Verfahren B-2228/2021 beim BVGer war nicht unmittelbar die

---

[60] Vgl. BGE 117 V 185 E. 1b; BVGE 2016/8 E. 5.4; Benjamin Märkli, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2022, 191.

Frage, ob die jüngere Firma zulässig ist, sondern ob das EHRA dem kantonalen Handelsregisteramt verbindliche Anweisungen geben kann (was laut Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 E. 4.4. a.E. zu verneinen wäre). Wären das Wiedererwägungsgesuch zuhanden des EHRA im Urteil des BVGer B-2228/2021 vom 5.12.2023 innerhalb von 30 Tagen seit der Publikation der Eintragung im SHAB gestellt worden, dann wäre immer noch das Problem vorhanden gewesen, dass weder das EHRA noch das BVGer den Streitgegenstand im Sinne der Beschwerdeführer hätten ausweiten können.

Da die Verwaltungsgerichte dem Grundsatz nach im Handelsregisterrecht nur Beschwerden gegen geeignete Anfechtungsobjekte behandeln, muss die entsprechende Klage beim Zivilgericht eingereicht werden, um das dadurch erstrittene Urteil beim kantonalen Handelsregister eintragen lassen zu können. Unerwünschte Eintragungen können mithilfe der Klagen des Zivilrechts unter gegebenen Voraussetzungen korrigiert werden. Darüber, ob dies im Streit zwischen den beiden «TX Group AG»-Rechtseinheiten der Fall ist, kann und will dieser Aufsatz nicht befinden.